



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Hill Prados, M^a Concepción. Las cláusulas "claims made": ¿¿¿fin de la polémica???.
En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1403-1420. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21019>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LAS CLÁUSULAS “CLAIMS MADE” ¿¿¿ FIN DE LA POLÉMICA???

MARÍA CONCEPCIÓN HILL PRADOS*

Resumen

Las conocidas como cláusulas de 'delimitación temporal de cobertura' –'Claims Made'– han sido objeto de distinto tratamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia a lo largo de los años, ocasionando graves problemas en la práctica aseguradora. Una primera interpretación las consideró lesivas por ser desfavorables al asegurado, parte débil del contrato, y, por tanto, nulas. Ante las necesidades y presiones del mercado asegurador de RC, una reforma legislativa las incorporó al artículo 73 de la LCS, calificándolas como cláusulas 'limitativas' de los derechos de asegurado, condicionando su validez al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art.3 de esta misma Ley. Mejor solución hubiese sido reconocer su función de delimitación del riesgo concertado en el contrato como venía sosteniendo una parte importante de la doctrina. El Proyecto de Código Mercantil elimina la calificación de 'limitativas', aunque no las define como 'delimitadoras'.

Contenido

1. Las Cláusulas 'Claims Made' y sus modalidades. – 2. Génesis del problema. – 2.1. La Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991. – 2.2. La reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el nuevo art.73 de la LCS. – 2.3. Cláusulas 'delimitadoras' Vs. Cláusulas 'limitativas'. – 2.4. El Anteproyecto de LCS de 2010. – 3. Las Cláusulas 'Claims Made' en el ALCS y en el Proyecto de nuevo Código Mercantil. – 3.1. El ALCS. – 3.2. El Proyecto de nuevo Código Mercantil. – 4. Conclusión: Perspectivas de futuro.

1. LAS CLÁUSULAS 'CLAIMS MADE' Y SUS MODALIDADES. INTRODUCCIÓN

Se conocen como cláusulas 'Claims Made' aquellas que circunscriben la obligación de indemnizar del asegurador en un contrato de responsabilidad civil, al hecho de que la reclamación de presente en un momento determinado, durante la vigencia del contrato o en un período anterior o posterior a la misma, previamente pactado entre las partes, independientemente del momento en que se hubiera producido el hecho generador de la responsabilidad. De ahí que se las conozca generalmente como cláusulas de 'delimitación' temporal de cobertura.

* Profesora Titular de derecho Mercantil U.B.

Las cláusulas 'Claims Made' contemplan dos situaciones distintas o son de dos tipos distintos pero, en ambos casos, tendentes a un mismo fin: evitar que se produzca un vacío de cobertura entre dos pólizas de seguro. Unas extienden los efectos de la cobertura post-contrato, esto es, durante un período determinado posterior a la terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas; mientras que otras, otorgan cobertura con efectos retroactivos, es decir, admiten aquellas reclamaciones que se presenten durante la vigencia del contrato en curso relativas a hechos producidos antes de la conclusión del mismo, siempre con un límite temporal. De hecho, es frecuente que una misma póliza contemple la posibilidad de cobertura retroactiva y post-contrato.

En la mayoría de contratos de seguro, incluidas algunas modalidades de seguro de Responsabilidad Civil, esta cuestión no plantea problema alguno por cuanto el asegurado reclama a su asegurador en el momento en que se produce el evento dañoso objeto de cobertura, durante las fechas señaladas como inicio y fin de la vigencia del contrato. Sabiendo, perfectamente, que de producirse el riesgo contratado fuera de las fechas estipuladas no tiene derecho a reclamar y el Asegurador no se hace responsable de su cobertura.

Sin embargo, en algunos seguros de Responsabilidad Civil la situación es más compleja, dado que los daños provocados por la producción del riesgo contemplado en el contrato no se manifiestan inmediatamente, sino que aparecen al cabo del tiempo cuando ya el contrato que los contemplaba no se encuentra vigente. Se trata de los denominados 'long tail risks', riesgos susceptibles de causar siniestros tardíos o de aparición diferida con consecuencias catastróficas. Entre ellos, de forma especial, los seguros de responsabilidad por productos, las responsabilidades civiles profesionales, D&O, etc. Seguros que, por otra parte, resultan imprescindibles para el desarrollo de determinadas actividades.¹

Es precisamente, en los casos de los denominados 'riesgos tardíos' donde surge el conflicto de intereses. De un lado, la necesidad de proteger a un asegurado que, cuando se produjeron los hechos, estaba cubierto por una póliza de seguro, pero que en el momento en que se han manifestado, persistiendo su responsabilidad por ellos, ya no tiene un seguro que le ampare. Y, de otro, el interés del asegurador, ante la incertidumbre a lo largo de los años de si se producirá o no una reclamación de una póliza antigua y ya extinguida a la que deberá, no obstante, hacer frente.

2. GÉNESIS DEL PROBLEMA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido negando o, cuanto menos, cuestionando la validez de este tipo de cláusulas por entender que dejan desprotegido al asegurado. En efecto, la principal crítica que se ha hecho este tipo de cláusulas, frecuente en la práctica aseguradora consiste en señalar que un asegurado que tiene concertado un contrato de seguro para cubrir sus responsabilidades, sean del tipo que

¹VERDERA Y TUELLS, E. "La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del TS: Una primera revisión crítica." en VVAA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SANCHEZ CALERO, F. (Dir.), Ed. MUSINI, Madrid 1994, p.86.

sean, después de haber abonado una prima y habiéndose producido los hechos contemplados en el mismo, durante su vigencia, puede verse privado de la cobertura al rechazar su asegurador hacerse cargo de la indemnización por el hecho de que la reclamación –hecho que no siempre depende de él– se produzca cuando ya no está vigente el contrato, aunque siga viva su responsabilidad

Su admisión ha venido planteando un gran número de problemas negándose su validez por considerar que resulta perjudicial para el asegurado. Por ello, se alega que romperían el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes² exigido por la ley, pudiendo producirse, además, un vacío de cobertura.³

Se ha dicho que desvirtúan la esencia del seguro de RC, que van contra la esencia misma de esta modalidad asegurativa. Ya que la responsabilidad no desaparece al término de la cobertura asegurativa.⁴ Sin embargo, lo cierto es que la responsabilidad civil y el seguro de RC no tienen idéntico contenido.⁵

2.1. La Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991

Un punto de inflexión en la consideración de estas cláusulas viene marcado por la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991.⁶ Contempla la Sentencia el caso de una póliza de seguro de RC de un colectivo de profesionales médicos. La póliza contenía una cláusula que estipulaba la necesidad de que los siniestros debían ser puestos en conocimiento de la aseguradora durante su vigencia.⁷

²Esta situación se ha querido ver como una quiebra en la reciprocidad de prestaciones. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura... ob cit., p.49; entre otros, OLMOS PIDÁIN, A. Seguro de responsabilidad profesional de abogado: extensión material de la cobertura y delimitación temporal del riesgo. (Comentarios a la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2003, de la que fue ponente Don Francisco Marín Castán, en RES nº116, Octubre-Diciembre 2003, p.571.

³Una adecuada coordinación entre los aseguradores, en caso de pólizas sucesivas, puede evitar este vacío téngase en cuenta que la mayoría de pólizas contemplan la cobertura 'post contractum', así como la retroactiva.

⁴VEIGA COPO, A.B. *La dimensión temporal en el contrato de seguro*. Ed. Civitas, 2011. p.159. Es cierto que la responsabilidad civil es, en principio, ilimitada desde el punto de vista patrimonial, aunque no así su aseguramiento.

⁵PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura, *Gerencia y Riesgos* nº41, p.53. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil. (Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas Claims Made), en *INURIA*, 1994, p.31. Señala, este autor, que se está partiendo de un presupuesto erróneo, la identificación entre responsabilidad civil y seguro de Responsabilidad Civil. Confundiendo, por tanto, el seguro mismo con el objeto de su cobertura. Son cosas distintas, aunque íntimamente ligadas entre sí. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F. “Seguro de responsabilidad civil”, en *VVAA, Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80, de 8 de octubre y a sus modificaciones*. SANCHEZ CALERO, F. (Dir.) Ed. Aranzadi, Navarra 2001, pp.1205 y ss.

⁶El TS ya se había venido decantando por el criterio del hecho generador de la responsabilidad, como pone de relieve –citando algunas sentencias de interés– TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril 2001, pp.192 y ss.

⁷La cláusula en cuestión era del tenor siguiente: “La compañía garantiza a los señores médicos Asegurados hasta los límites señalados en el presente contrato, el pago de las indemnizaciones a que por cualquier reclamación o reclamaciones inherentes a la práctica profesional de médico se formulen al Sr. Asegurado durante la vigencia, en razón de cualquier imprudencia, error u omisión involuntaria, por virtud de los que resultare civil y legalmente responsable frente a terceros” y, continuaba “La cobertura otorgada bajo esta póliza alcanza a aquellas reclamaciones por hechos ocurridos estando en vigor el

Se trataba de actos profesionales negligentes que se habían producido durante la vigencia de la póliza pero que se manifestaron cuando ya no estaba en vigor. La reclamación se hizo, por tanto, fuera del período marcado en el contrato, motivo por el cual la aseguradora rehusó el pago de la indemnización, invocando la cláusula 'Claims Made'.

El Tribunal interpreta, en este caso, que el legislador ha optado como criterio para determinar el nacimiento de la obligación de indemnizar del asegurador, por el hecho motivador –en este caso, el acto médico negligente–, que equivale al siniestro y, por tanto, habiéndose producido el acto negligente durante la vigencia del contrato, el asegurador debe abonar la indemnización prevista en aquel, con independencia de que los resultados dañosos que dan origen a la reclamación no se manifestasen hasta un momento posterior, momento en el que se presentó la reclamación.⁸

Entiende, nuestro Alto Tribunal que se trata de una cláusula lesiva por ser incompatible con la noción misma del seguro de responsabilidad civil, así como, por romper con el principio de equivalencia de las prestaciones.⁹ Es, por tanto, nula de conformidad con lo establecido en el art.3 LCS.¹⁰

contrato, siempre que unos y otros sean puestos en conocimiento de la Compañía dentro del período de vigencia de la póliza”. Vid: PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal en el seguro... ob cit. pp.40 y ss. En el mismo sentido: VERDERA Y TUELLS, E. “La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia... ob cit. pp.97 y ss. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob cit. pp.20 y ss.

⁸En el mismo sentido la Sentencia de 23 de abril de 1992 [RJ 1992, 3323]: “Claramente está poniendo de manifiesto que el legislador español en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de la indemnización, de su hecho motivador, de la reclamación o de ambos, ha optado por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo de nacimiento, es decir, del acto médico que resultase equivocado que es, en definitiva, lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que surge ésta nuevamente de aquél, que es en consecuencia el acto médico culposos, y todo ello con independencia de la fecha en que el perjudicado por tal acto formule la reclamación...” Vid. Fundamento 3º de la sentencia. Comenta PAVELEK que la cuestión no hubiera tenido mayor trascendencia si no fuera que el Tribunal interpreta el alcance de la norma con lo que ha venido a conmocionar el sistema de aseguramiento habitual de los mercados de seguro y reaseguro en base a las denominadas Claims Made. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal... ob. cit., p. 41. Ambas sentencias, y en relación a sus presupuestos fácticos responden a una inspiración de justicia material que, como señala SOTO NIETO, no merecen reproche, aunque, ciertamente han conmocionado el sistema del seguro de RC. Delimitación temporal de cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo, en *INURIA*, 1994, p.63.

Sobre esta sentencia: FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J. En torno a la delimitación temporal de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil profesional y su proyectada reforma. ¿Fin del stop español al claims made? En *RES* n 78, Abril Junio 1994, pp- 40 y ss. TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. Abril 2001, pp. 192 y ss. SANCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro., en *RES*..., nº 89, Enero-Marzo 1997, pp.28 y ss. VEIGA COPO, A.B. La dimensión temporal..., ob.cit., p. 163. CALZADA CONDE, Mª a., La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, en *RES*, nº89, Enero Marzo 1997, p.47 y ss.

⁹Incumple, dice la Sentencia “el esencial principio de reciprocidad reconocido por el art. 1 de la Ley de seguro tan citada, por el que el Asegurador se obliga mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al Asegurado”

¹⁰PAGADOR LÓPEZ, J. Sobre las llamadas cláusulas “Claims Made” o de reclamación en el seguro de responsabilidad civil: Un nuevo conflicto entre planificación empresarial y justicia. En *Cuestiones*

Sin embargo, esa quiebra en la correspondencia de las prestaciones no tiene por qué darse, ya que, la mayor o menor extensión en cuanto a los riesgos y en cuanto a la duración temporal de la cobertura, son tomados en cuenta a la hora de determinar el coste económico del seguro. Se trata, en la mayoría de los casos, de cláusulas negociadas entre las partes, en especial en materia de Grandes Riesgos.¹¹ es la correlación que existe entre ambos factores, el alcance de la cobertura de un lado, y la prima exigida de otro, lo que puede determinar que haya o no quiebra entre las prestaciones¹², pero no cabe entender que se produzca siempre, rechazando sin más, la aplicabilidad o validez de las mismas.¹³ En este sentido, una cláusula en la que exista una importante desproporción entre el riesgo cubierto y la prima exigida debe ser considerada directamente como lesiva y, por tanto, nula.

El quid de la cuestión radica en determinar en qué momento preciso surge la obligación de indemnizar del asegurador por considerarse que se ha producido el riesgo contemplado en el contrato. Esto es, en qué momento surge el siniestro o, el propio concepto de siniestro en el seguro de RC.¹⁴ Dos son, resumiendo al máximo la cuestión, los momentos determinantes: el del hecho generador de la responsabilidad y el de la reclamación.¹⁵

Actuariales del Derecho de Seguros. Coordinadores: Luis Angulo Rodríguez, Javier Camacho de los Ríos. Ed. Atelier 2002, p. 77 y ss.

¹¹Arts. 44 y 107 LCS. En estos casos al no haber, stricto sensu, una parte débil a la que proteger, la voluntad de la partes recobra su supremacía. Se plantea, sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, su validez. “Seguro de responsabilidad civil”, en VVAA, Ley de Contrato de Seguro Comentarios a la Ley 50/80, de 8 de octubre y a sus modificaciones. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.) Ed, Aranzadi, Navarra 2001.. p.1251. VERDERA TUELLS, E. La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo... ob.cit., p.131. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 40 y ss.

¹²SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura..., ob.cit. p.73. En este sentido, el autor, hacer referencia a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que para determinar la lesividad de las cláusulas exige que “*perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa... o que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes...*”

¹³SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en..., ob. cit, pp.29 y ss. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 48. SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura..., ob.cit. p.73. Como señalas, PAVELEK ZAMORA, E., la prima no se calculó para hacer frente a compromisos exorbitantes que caían fuera de las intenciones de las partes. Cada cosa tiene su precio. En delimitación temporal en el seguro... ob. cit. 52.

¹⁴De este tema se ha ocupado nuestra doctrina de forma extensa. Vid.: SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil... ob. cit. pp. 7 y ss. Ídem en “Seguro de responsabilidad... ob. Cit., p. 1228 y ss. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. Cit., pp 31 y ss. VEIGA COPO, A.B. Tratado del Contrato de Seguro. Ed. Aranzadi, 2009.. pp. 630 y ss. MANSILLA GARCÍA, F. “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro”, en VV.AA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Musini, Madrid 1994, p. 228 señala, este autor, que para el maestro GARRIGUES el riesgo es un hecho complejo que se integra por el daño al tercero, por la responsabilidad del causante y por la reclamación del tercero, lo que supondría una postura intermedia. STIGLITZ R.B. El seguro de responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina., en RES n° 89, Enero. Marzo 1977.

¹⁵Vid. El breve pero clarísimo análisis del tema efectuado por SANZ PARRILLA, M. “Seguro de responsabilidad Civil. Introducción y arts. 68 a 70”, en VVAA, *Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro*, de Junio de 2010, Monográfico. RES n° 143-144, Julio-Diciembre 2010.pp.821 y ss.PAVELEK ZAMORA, *El seguro de responsabilidad civil de productos (II)*, Ed.Mapfre,pp. 513 y ss. menciona las cuatro fórmulas tradicionales que desencadenan la cobertura: El hecho generador, el acaecimiento del daño--'occurrence'--, la manifestación del daño y la reclamación. Destacando que en la mayor parte de los mercados de seguros y para casi todas las gamas de productos el sistema más

Es evidente que tomar como base el hecho motivador 'occurrence' protege mucho más al asegurado. Ya que, mientras el hecho dañoso consecuencia de la responsabilidad se produzca durante la vigencia del contrato, se haya cubierto. Sin embargo, los supuestos de 'daños diferidos' o 'tardíos' plantean un grave problema para el asegurador.¹⁶

La redacción inicial del art.73 de la LCS, que se limitaba a definir el seguro de RC, parece fijar como siniestro 'el nacimiento de la obligación del asegurado' por lo que el momento determinante debería ser aquel en que se produjese el hecho motivador de la responsabilidad. Como interpretó la citada sentencia de 20 de marzo de 1991 y las que la siguieron.¹⁷ Esta es también la opinión generalizada.¹⁸

Sin embargo, esta interpretación pro asegurado deja en situación claramente desventajosa a los aseguradores en los daños tardíos o diferidos lo que supone un grave problema para los mercados de seguros y reaseguros.¹⁹

En estas modalidades es el concepto mismo de siniestro el que experimenta una transformación. 'Siniestro' es la reclamación dirigida al asegurador y no el hecho motivador o la manifestación de daño, aunque en ellos esté el origen de la responsabilidad del asegurado y, por tanto, de la consiguiente obligación de indemnizar del asegurador. Alegan, los expertos, que nociones como accidente o 'occurrence' no tienen apenas sentido en siniestros que derivan, por ejemplo, de errores u omisiones en el ejercicio de ciertas profesiones.²⁰

extendido es el 'occurrence basis'. Pero cuando los daños ocurren tardíamente, esto es el hecho generador y su manifestación se hallan distanciados en el tiempo, es el sistema 'claims made' el que se utiliza.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., 37 y ss.

¹⁷De manera destacada la STS de 23 de abril de 1992 [RJ 1992, 3323]. Sobre estas sentencias vid, así mismo: REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 29 y ss. SANZ PARRILLA, M., "Seguro de responsabilidad civil..... ob. cit, p. 824. ITURMENDI MORALES, g. La delimitación temporal de la cobertura... ob. cit., pp. 14 y ss.

¹⁸Por todos vid. SANCHEZ CALERO, F. "seguro de responsabilidad civil..., ob. cit., pp. 1241 y ss. IDEM, La delimitación temporal del riesgo... ob. cit., pp.7 y ss.

¹⁹En opinión de SOTO NIETO pueden incorporarse cláusulas *claims made* al contrato de seguro con relación a los daños póstumos o tardíos. Delimitación temporal de la cobertura... cit.... ob. cit. p.71. Nótese que esta opinión es anterior a las reforma del art. 73 LCS. CALZADA CONDE, manifestaba, con ocasión de la reforma de este precepto, que quizás el problema lo plantea el hecho de haberse introducido estas cláusulas con carácter general para todos los seguros de RC. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 51. MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit. p. 224, menciona la preocupación de la doctrina sobre la viabilidad del seguro de RC en el amplio sector de riesgos (p. 217)

²⁰ PAVELEK ZAMORA, E., La delimitación temporal de cobertura... ob. cit, p. 43. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. cit., p. 76.

VERDERA. Y TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit, p. 127. Opina, este autor, que no parece necesariamente contrario a la ley que las partes acuerden que el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura venga constituido, por ejemplo, por la reclamación. La Ley, por otra parte, nada dice de lo que debe entenderse por siniestro; sería más fácil precisar si hubo o no siniestro identificándolo con la reclamación. En este sentido: ITURMENDI MORALES, G. La delimitación temporal de la cobertura..., ob. cit. p.37, señala que en las Claims Made puras la reclamación se considera, de hecho, como el propio siniestro. Pero, opina que sólo es válido en las cláusulas retroactivas. CARMONA RUANO, M. Las cláusulas definitivas y las cláusulas limitativas del contrato de seguro, en RES nº 89, Enero-Marzo1997, p. 76. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo... ob. cit., p. 61. JARAMILLO, C.I. Delimitación temporal de cobertura... ob. cit., p. 19.

2.2. La reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el nuevo art.73 de la LCS

La reforma de la reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados tiene como punto de partida la Directiva 93/131/CEE de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que, curiosamente, deja fuera de su ámbito los contratos de seguro porque, afirma, las cláusulas delimitan temporalmente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada.²¹ De lo que debe deducirse que se trata de cláusulas que delimitan el contenido del contrato y el alcance de la cobertura.

En la Disposición Adicional 6ª de la LOSSP se introduce una modificación en el art.73 de la LCS que hace referencia a las cláusulas de delimitación temporal de cobertura, dando carta de naturaleza a las mismas, aunque, probablemente influido aún el legislador por la STS de 1991²², lo haga mediante la táctica de considerarlas como cláusulas 'limitativas' de los derechos de los asegurados, condicionando su validez al hecho de que se respeten los requisitos establecidos en el art.3 de la LCS para este tipo de cláusulas.²³

Con la reforma²⁴ se introduce un nuevo párrafo que contempla dos tipos de cláusulas que condicionan la cobertura del asegurador al momento en que se presente la reclamación:

Una que extiende la cobertura a un período mínimo de un año²⁵ desde que terminó el contrato o su última prórroga –cobertura post-contrato–.

²¹Lo que, en opinión de López Cobos C. y Pavelek Zamora, E, reafirma la validez de las cláusulas delimitadoras. El considerando 19 de la Directiva establece: “En los casos de contratos de seguros, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (el carácter abusivo) ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.” Vid. LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura ... ob. cit., p.24.

²²Algún autor ha achacado esta situación al hecho de considerar al legislador rehén de la inercia, de los temores y de una equívoca conceptualización que hizo la sentencia de 20 de marzo de 1991. VEIGA COPO. A.B. La dimensión temporal en el..... ob. cit. p. 140... Lo cierto es que el Dictamen del Consejo de Estado proponía otra solución considerando este tipo de cláusulas como 'delimitadoras' y considerando la redacción del precepto poco clara.

²³De ahí la insistencia reiterativa de que solo se consideran válidas si respetan lo establecido en el art. 3. Recordatorio innecesario porque al calificarlas como limitativas era ya evidente que entraban dentro de lo previsto en el citado artículo. Se ha destacado que al someterlas a estos requisitos se pretende garantizar el consentimiento efectivo de las partes. VERDERA. TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia pp 119 y ss. SÁNCHEZ CALERO F. “Seguro de responsabilidad civil..... ob. cit., p.1254

²⁴Reforma poco afortunada en opinión de SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en..., ob.cit., p. 10. Apresurada y poco acertada .VEIGA COPO habla de torpeza y prisas en la misma, La dimensión temporal en el contrato..., ob.cit, p.174. De igual opinión es REGLERO CAMPOS, F. que la califica de engendro jurídico. En Objeto, riesgo y siniestro.... Ob. cit. p. 49.

²⁵REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., p. 49. SÁNCHEZ CALERO proponía el plazo de dos años y la Dirección General de Seguros el de cinco años. Destaca Reglero que, probablemente, se estableció finalmente el plazo de un año para hacerlo coincidir con el plazo de prescripción de la acción de daños del art, 1968.2 del Código Civil. Sin embargo hubiese sido, tal vez, más conveniente haberlo hecho coincidir con el plazo estipulado en la propia LCS para las acciones basadas en contrato de seguro.

Y, otra, que prevé la posibilidad de una cobertura retroactiva al establecer que un hecho dañoso, que se haya producido antes de entrar en vigor el contrato, puede quedar cubierto si se manifiestan sus efectos y, por tanto, se presenta la reclamación durante la vigencia de dicho contrato –cobertura retroactiva–.

En la primera no se puede hablar, en sentido estricto, de período de cobertura a lo que se conoce genéricamente como período 'post contractum'. En efecto, este período no es propiamente dicho una cobertura sino un plazo, convencionalmente pactado por las partes, durante el que se estima que podrían surgir reclamaciones derivadas de actividades realizadas durante la vigencia del contrato.²⁶

Su finalidad es, obviamente, garantizar al asegurado la cobertura de los riesgos contemplados en la póliza, una vez finalizada la vigencia de la misma, –pero no de forma ilimitada– para evitar así el perjuicio que sufriría de no tener cubiertos, en ese momento, dichos riesgos. Es decir, evitar que entre la existencia de una póliza vigente en el momento de producirse los hechos, el momento posterior de producirse la manifestación de los mismos y, por tanto, la reclamación al asegurador, y la existencia de una nueva póliza, se produzca un vacío de cobertura que perjudique al asegurado. El período de tiempo que sigue al vencimiento de la cobertura o duración de la póliza en el que se extienden los efectos de ésta más allá de la vigencia contemplada en la misma se conoce en la práctica como 'período de descubrimiento'.

Las cláusulas de cobertura post-contrato, al limitar la cobertura al momento de presentación de la reclamación pueden, de alguna manera, dejar al asegurado en una situación poco favorable. Y, en ellas, deberán extremarse las precauciones.²⁷ Por el contrario, las retroactivas es indudable que favorecen a éste al permitir que sus reclamaciones, provenientes de un hecho acaecido cuando no existía el contrato de seguro, sean amparadas por éste.²⁸

No obstante, el legislador no se limita a admitir la validez de este tipo de cláusulas, surgidas de la práctica aseguradora anglosajona,²⁹ y aceptadas sin problema alguno en otros países, sino que las califica de 'limitativas' de los derechos de los asegurados. La polémica vuelve a estar servida.³⁰

²⁶LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura... cit., p. 20; VERDERA Y TUELLS, E. La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia... ob. cit., p. 91.

²⁷Sobre todo cuando el tiempo material para efectuar la reclamación sea muy breve y prive, por tanto, al asegurado de la posibilidad práctica de hacer valer su derecho. VERDERA. TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit. p.128

²⁸TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza... ob. cit., pp.193 y ss.

²⁹En los países anglosajones está aceptada sin problema. Impuesta por los aseguradores por la necesidad de calcular sus reservas técnicas y por la necesidad de ajustarse a las condiciones de reaseguro, como ya se puso de relieve. Pero choque con los sistemas jurídicos continentales, contraposición derecho civil europeo y common law. Aparecen en el ámbito de RC por polución, productos defectuosos y profesional. VEIGA COPO. A.B. La dimensión temporal en el.... ob. cit. p.153, que se pregunta hasta dónde llega el límite temporal de la cobertura. MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación.... ob. cit. p.44. VERDERA. TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit. pp. 79 y 94.

³⁰En efecto, tal como pone de relieve SANZ PARRILLA, la propuesta no clarifica la cuestión del concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. "Seguro de responsabilidad civil,...ob. cit, p. 823. OLMOS PIDAÍN, A. Seguro de responsabilidad profesional de abogado... ob. cit, señala esta autora que al calificar las cláusulas de delimitación temporal de cobertura como 'limitativas' el legislador ha venido a confirmar su lesividad. Su lesividad dependerá, en todo caso, de la correlación existente entre el

Sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado de 22/12/1994, en lo relativo a la modificación de la LCS, hace mención expresa de las cláusulas 'Claims Made' considerando una medida acertada la modificación del art.73 para admitir la validez de este tipo de cláusulas que la práctica considera necesarias. No obstante, señala que la redacción propuesta –que es la que se mantuvo– resulta prolija y equívoca porque se parte, –de igual manera que lo han hecho numerosas decisiones jurisprudenciales– de considerar abusivas determinadas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, cuando se trata, más bien, de *un problema de determinación precisa del riesgo asegurado*.³¹

2.3. Cláusulas 'delimitadoras' Vs. Cláusulas 'limitativas'

La distinción entre las cláusulas 'delimitadoras' del riesgo y 'limitativas' de los derechos del asegurado no resulta sencilla. Nuestra doctrina es unánime al señalar que el concepto de cláusula 'limitativa' es difícil concreción y constituye uno de los mayores problemas del art.3 de la LCS.³² Calificar estas cláusulas 'limitativas' no ha sido, pues,

hecho generador y la reclamación y la relevancia que se dé a este hecho a efectos de la cobertura del siniestro. p. 571,

³¹Dictamen Consejo de Estado 2145/1994, p. 37 y ss. : 4ª) Cláusulas "claims made basis"

“Uno de los aciertos de las modificaciones que se pretenden introducir en esta materia es, según opinión de algunas entidades informantes o comparecientes, la de facilitar que el seguro cubra, no sólo los siniestros que ocurran durante la vigencia del contrato y que, además, se reclamen por el tercero durante ese período, sino, también, cuando la reclamación se produzca en un momento posterior (son las llamadas cláusulas "claims made basis").

El Tribunal Supremo ha venido considerando ilícitas las cláusulas según las cuales el asegurador no respondía de los daños producidos durante la vigencia del contrato, si se reclamaban terminado el plazo de vigencia. Así, en la Sentencia T.S. de 20 de marzo de 1991, referente a un seguro de responsabilidad por actos médicos, se entendió que estaba cubierta la responsabilidad por actos realizados durante la vigencia de la póliza, aunque fueran reclamados con posterioridad: "porque lo contrario dejaría fuera del ámbito responsabilizador contratado, siniestros comprendidos dentro de la cobertura del riesgo contratado, cual serían actos médicos cuya consecuencia culpable, en virtud de su naturaleza y características, no pudieran ser revelados hasta tiempo después que tales actos hubieran sido llevados a cabo, y que, consiguientemente, se hubieran puesto de manifiesto con posterioridad a la vigencia de la póliza, y en cuyo momento era cuando podía formularse declaración por el afectado y ser puesto en conocimiento por la entidad asegurada (Fundamento 3º. Aranzadi 2267). La solución dada en la Sentencia (al igual que otras del propio Tribunal) es justa, pero se llega a ella con una argumentación basada en considerar abusivas determinadas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Pero, en realidad, se trata más bien de un problema de determinación precisa del riesgo asegurado.

El texto del Anteproyecto es encomiable, en cuanto a su intención, pero se mantiene básicamente en la perspectiva de las "cláusulas limitativas" de los derechos del asegurado y no de delimitación del riesgo. La redacción del Anteproyecto resulta, de añadidura, considerablemente prolija y hasta equívoca. De ahí que se proponga una redacción más sencilla concebida en los siguientes o parecidos términos: "Art. 73, (párrafo segundo): La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo. Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurador a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurado, surgidas en el año anterior a la conclusión del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado".

ILLESCAS, R. “El lenguaje de las pólizas de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro I*, VVAA, VERDERA Y TUELLS, E.(Coordinador), 1982. p. 363. SANCHEZ CALERO. La delimitación del riesgo... ob. cit., p.33, en especial nota 33. VERDERA TUELLS, E., La cláusula 'Claims Made' ... ob. cit., p.119 y ss. VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. La eterna e interesada polémica, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº6, Junio 2008,

un acierto por parte del legislador. Tanto más, cuanto el Dictamen del Consejo de Estado a la propuesta de reforma precisaba de forma bien clara que se trataba de cláusulas de delimitación del riesgo.

Delimitar no es lo mismo que limitar.³³ La delimitación temporal en el contrato de seguro es una exigencia reconocida por la propia Ley 50/80 de Contrato de Seguro en su art.8.8 en relación al contenido mínimo que debe contener la póliza de seguro. Dice textualmente: "8. *Duración del contrato, con expresión del día y la hora en la que comienzan y terminan sus efectos*". Es imprescindible, para ambas partes del contrato, conocer con precisión el alcance cuantitativo, cualitativo y temporal de las obligaciones que están asumiendo.

De igual manera que se delimita el riesgo a cubrir, tanto en el orden causal como espacial, se hace necesario delimitar temporalmente la cobertura del riesgo. Se mencionan como límites válidos los que resultan de la Ley, pero también los que dimanen del contrato. Y la referencia a los límites contractuales debe comprender los de cualquier índole entre ellos, los temporales.³⁴ Por lo tanto, deben entenderse como lícitos aquellos pactos, establecidos libremente por las partes, que se hallen recogidos en el contrato, tendentes a perfilar el contenido del mismo. Las cláusulas 'delimitadoras' acotan y definen el riesgo. Cualquier pacto es aceptable siempre que respete la inoperatividad de la ley y no pueda ser tachado de lesivo.³⁵ Nada debería oponerse a que esos límites del contrato los establezcan libremente las partes, siempre que no incurran en desproporción. El límite a la libertad debería estar en el justo equilibrio entre las prestaciones.³⁶ El contrato de seguro no se concibe sin clausulado y condiciones. Sin condiciones no hay seguro.

De hecho, la anteriormente citada Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, dejaba fuera de su ámbito este contrato por entender que en él existen cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo y el compromiso del asegurador y que estas limitaciones se tienen en cuenta a la hora de calcular la prima correspondiente.³⁷

pp.6 y ss. Se plantea, el autor, la eterna pregunta: ¿dónde empieza la limitación de los derechos del asegurado y dónde termina la delimitación del riesgo?, y ofrece una definición de cláusula delimitadora. pp. 7 y 13 respectivamente.

³³ Como muy bien pone de relieve VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ... ob. cit. , pp. 6 y ss. Igualmente en La dimensión temporal en el contrato de seguro. ... ob.cit., pp. 139 y ss. en el que dedica un detallado análisis a las cláusulas 'Claims Made'. TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. Abril 2001, pp. 184 y ss. IDEM, Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro, en RES nº 155, Julio-Septiembre 2013, pp. 311 y ss. IDEM, El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley de Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas. En RES, nº 158, Abril-Junio 2014, p.154 y ss.

³⁴ MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit.p.224

³⁵ SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p. 32

³⁶ Autonomía de voluntad que en algunas modalidades, ya existe, como en el caso de los denominados Grandes Riesgos. VEIGA COPO. A., A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ob cit.p. 20

³⁷ Vid. Supra, ap. 2.2.

Podría pensarse que el considerar este tipo de cláusulas como limitativas o delimitadoras podría depender del propio concepto de seguro que establezca la ley. En este sentido, el art.73 de la LCS, de igual modo que lo hiciera el art.1³⁸, señala que *el asegurador se obliga dentro de los límites de la Ley y el contrato.*³⁹ Las cláusulas 'Claims Made' forman parte del condicionado particular del contrato. Se pactan en casos concretos y atendiendo a las circunstancias concretas del riesgo. Delimitar el riesgo es esencial en un contrato de la complejidad del contrato de seguro y, muy especialmente, si se trata de un seguro de RC.

De hecho, numerosa jurisprudencia destaca esta necesidad⁴⁰ y admite, como marco de la relación, los límites pactados en el contrato. El TS reconoce que el clausurado general que delimita el riesgo no limita los derechos del asegurado sino que delimita el riesgo asumido en su contrato, su contenido y el ámbito a que se extiende.⁴¹ Ya que el asegurador solo se obliga a cubrir el riesgo sobrevenido dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato.⁴² Y no es aceptable el argumento de que existe una limitación de los derechos del asegurado porque aquella interpretación lo que busca es concretar el riesgo asegurado y contratado.⁴³

No hay problema, por tanto, en cuanto hace referencia a la delimitación del riesgo en sí mismo, de los hechos generadores de la responsabilidad cubierta por el contrato. El problema surge, sin embargo, cuando se trata de delimitar temporalmente dicha cobertura, esto es, fijar el período de tiempo en el que se extienden los efectos del contrato.

Las cláusulas delimitadoras del riesgo no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por lo que integran el contenido del contrato sin necesidad de que se observen requisitos especiales.⁴⁴ Resulta imprescindible delimitar la obligación asumida por el asegurador en sus aspectos cuantitativos, cualitativos, e incluso temporales y espaciales.⁴⁵ Es fundamental precisar no sólo el riesgo cubierto sino cuánto va a durar esa cobertura. Tanto, en relación del asegurado, que debe conocer con precisión el marco temporal en el que se mantiene la obligación del asegurador; como, en relación al asegurador, que no puede estar *sine die*, de forma indefinida bajo la amenaza de una reclamación relativa a hechos acaecidos mucho tiempo atrás.⁴⁶

³⁸El art.1 al definir el contrato de seguro, con carácter general, circunscribe las obligaciones de las partes a lo previsto en la ley y en el contrato. El art.73 hace lo mismo con referencia al seguro de RC.

³⁹VEIGA COPO, A., A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ob cit. p.20.

⁴⁰TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil... ob.cit., p.155 citando algunas sentencias en las que la jurisprudencia de ha pronunciado sobre el carácter delimitador de las cláusulas de delimitación que atienden a factores geográficos, subjetivos o funcionales. De forma destacada, la STS de 3 de marzo de 2014[2014/2508]

⁴¹S. de 9 febrero 1994 (rep.Ar. 840.) 2.

⁴²S. 18 sept. 1986. SANCHEZ CALERO, F, La delimitación temporal del riesgo..., cit. p.8 , nota 3, en la que cita otras sentencias del mismo tenor.

⁴³S .8 junio 1992. Vid. SANCHEZ CALERO, F, La delimitación temporal del riesgo..., cit. p.8 .

⁴⁴VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar.... cit., p.14. GUIASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. Las Cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil. En *Cuadernos de la Fundación Mapfre* nº 37, Junio 1997,. p.148.

⁴⁵VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar.... cit., p. 15

⁴⁶SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p.65

La ley debería haber eludido su calificación como 'limitativas' de los derechos del asegurado y aludido, en cambio, a su naturaleza de 'delimitadoras' del riesgo asegurado.⁴⁷ Las cláusulas de delimitación temporal del riesgo no son, pues, cláusulas 'limitativas' de los derechos del asegurado, sino que determinan el riesgo asegurado, el ámbito al que se extiende y ayudan a constituir o perfilar el objeto contractual.⁴⁸ Las cláusulas de delimitación temporal de cobertura deberían ser tratadas como una delimitación objetiva del riesgo y no como una limitación de derechos.⁴⁹

En este sentido se pronunciaba la sentencia del TS de 23 de abril de 2009.⁵⁰ Incluía el contrato una cláusula de delimitación temporal con extensión de cobertura post-contrato de doce meses. La sentencia determina que “*existía una delimitación temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el art.73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado*”. Y, recogiendo el argumento de una sentencia anterior concluye “*...nos hallamos ante cláusulas delimitadoras del riesgo que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica con el tiempo de la vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurador a indemnizar al perjudicado...*”.

No parece que una cláusula que tome en consideración los intereses recíprocos de las partes y que, como se ha señalado repetidamente, pueden responder a precios de mercado perfectamente equilibrados, pueda ser consideradas, sin más, lesivas. En la medida en que se respete la ley y, por tanto, el equilibrio entre las prestaciones, las cláusulas de delimitación temporal de cobertura, comprendidas en un contrato, deben ser consideradas válidas.

El debate acerca de su validez plantea así mismo, la cuestión de determinar si la cobertura del seguro es ilimitada. ¿Debe el seguro cubrir el riesgo en todo caso y para siempre, sin tener para nada en cuenta el momento en que se verifique?⁵¹

Considerar que la garantía del contrato es ilimitada –en el sentido de que no obstante no estar ya vigente el mismo en el momento en que se presentó la reclamación,

⁴⁷VEIGA COPO, A.B. La dimensión temporal en el.... ob. cit. p. 174, porque de eso se trata en su vertiente temporal. Y, afirma el autor, no existe limitación de derecho cuando éste aún no ha nacido. GUIASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados... ob. cit. p.167, consideraba como discutible y muy criticable la configuración legal como cláusulas limitativas que hizo de las Claims Made el art. 73 LCS, por entender que la doctrina las venía ya considerando como delimitadoras del riesgo cubierto.

⁴⁸ITURMENDI MORALES, g. La delimitación temporal de la cobertura ... ob. cit, p.

⁴⁹Así sugería que debieran ser tratadas en una nueva Ley de Contrato de Seguro, REGLERO CAMPOS, F. VVAA. L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Ley de Contrato de Seguro. Editorial Aranzadi, 2007, p. 1076

⁵⁰La póliza delimitaba la cobertura del seguro en el supuesto de trabajos realizados para el asegurado (Administración Pública) por contratistas, subcontratistas y adjudicatarios, Y contenía una cláusula que exigía que la reclamación al asegurado o al asegurador se efectuase durante la vigencia del contrato. Se trataba de una reclamación presentada por el tercero perjudicado en base a la acción directa prevista en el art. 76 de la LCS,. La sentencia considera que las cláusulas aceptadas por el asegurado forman parte del contrato y, por ello falla que resultan oponibles también al tercero. Vid. Fundamento de derecho octavo. 497/2003, Id. Cendoj 28079110012009100259

⁵¹VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar... cit., p 15. LOPEZ COBOS, C. El seguro de responsabilidad civil general en el umbral del siglo XXI. Últimas tendencias, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, Enero 1999, p.7 y ss.

los hechos en los que se basa se produjeron durante su vigencia— implica, obviamente, una gran dificultad para el asegurador a la hora de realizar una previsión adecuada de los riesgos asumidos, así como para la correcta aplicación de la técnica actuarial en orden al cálculo de las primas aplicables. Y a la dotación de provisiones para siniestros futuros en los que se apoya el necesario equilibrio de las prestaciones recíprocas de las partes de la relación aseguradora. El seguro es temporalmente limitado.⁵²

La incertidumbre a lo largo del tiempo acerca de si van a recibir reclamaciones en base a contratos ya extinguidos, dificulta la planificación financiera de la entidad aseguradora reduciendo, así mismo, sus posibilidades de reaseguro con la consecuencia de un encarecimiento excesivo del precio del seguro concertado o, incluso, la posibilidad de que ciertos riesgos —habida cuenta su potencialidad— no encuentren cobertura en el mercado asegurador.⁵³

La utilización de cláusulas de delimitación temporal de la cobertura se presenta como un requisito imprescindible en aras del equilibrio de las prestaciones: de un lado, permite al asegurador poder establecer las precisiones necesarias con arreglo a su negocio, y, por otro, permite al asegurado acceder a la contratación del seguro de responsabilidad civil que necesita para el desarrollo de sus actividades en condiciones de precio competitivas.

No cabe, pues, hablar de quiebra en la equivalencia de las prestaciones, habida cuenta de que 'delimitar temporalmente' la cobertura supone, evidentemente, un ahorro en la prima. Al no tener que mantener unas provisiones económicas elevadas respecto de riesgos futuros⁵⁴, el asegurador puede ofrecer precios más asequibles. Es evidente que mantener la cobertura por un período de tiempo ilimitado comportará necesariamente un incremento de la prima.⁵⁵ El período de temporalidad puede variar en cuanto a su extensión en función de las estipulaciones contractuales y la proporcionalidad vendrá justificada entre la extensión temporal y el coste de la prima.

En efecto, este tipo de cláusula permite al asegurador poder calcular con mayor precisión tanto las primas como las reservas, lo que facilita el aseguramiento de numerosas responsabilidades que de otro modo no encontrarían cobertura adecuada.⁵⁶

⁵²SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p. 72

⁵³VERDERA Y TUELLS, E La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del T.S.: ... ob. cit, p. 86

⁵⁴Cláusula que, por otra parte es negociada. GUIASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados...ob.cit., p. 148, sobre todo en los seguros de 'Grandes Riesgos'. En materia de Grandes Riesgos, vid así mismo, SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo ... ob.cit., pp.. 30 y 31 y ss.; MANSILLA GARCIA, F. Ámbito temporal de la cobertura..., p. 219; VERDERA Y TUELLS, E. La cláusula Claims Made..., cit., p.88; LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura., ob. cit., p. 21. En el mismo sentido: Manual del Seguro de Responsabilidad Civil. Ed. fundación Estudios Mapfre, Madrid 2004, 'p.48, al señalar que los aseguradores están obligados a confeccionar balances periódicos, establecer reservas para obligaciones futuras. Difícilmente podrían cerrar dichos balances y cuentas de resultado si por períodos larguísimos de tiempo (a veces décadas) se estuviera en la incertidumbre de si existirá o no el siniestro y cuando se manifestará.

⁵⁵No es lo mismo cubrir un plazo más o menos cerrado que otro extraordinariamente indefinido. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura.... ob. cit., p. 50. cada cosa tiene su precio.

⁵⁶Se ha llegado a afirmar que, por un lado, los malos resultados generales del ramo de Responsabilidad Civil han contraído en algunos momentos la oferta aseguradora y, por otro, la posibilidad de siniestros que afecten a pólizas caducadas mucho tiempo atrás, a los que deban hacer frente aseguradoras y

No hay que olvidar, por otra parte, la estrecha e imprescindible conexión existente entre el contrato de seguro y el reaseguro, contrato éste en el que es habitual esta cláusula⁵⁷; hasta el extremo de que importantes reaseguradores internacionales se mostrasen reacios a reasegurar o rechazasen la cobertura de determinadas responsabilidades civiles tales como las derivadas de productos defectuosos, profesionales, o de D&O, por su difícil previsibilidad.⁵⁸

3. LAS CLÁUSULAS 'CLAIMS MADE' ALCS Y EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Apuntaba Moral “en Derecho Mercantil, como en toda rama jurídica, pero más aún en esta tan dinámica y viviendo siempre en las más cruda realidad como es la económica, hay que adoptar siempre posturas realistas”.⁵⁹ Las exigencias del tráfico imponen la utilización de este tipo de cláusulas. Si los aseguradores tienen problemas a la hora de establecer sus reservas técnicas o de obtener un adecuado reaseguro, no será posible obtener cobertura de RC para determinados riesgos.⁶⁰

Sin embargo, la reforma del art.73 de la LCS no terminaría con el problema⁶¹ tal vez porque, como puso de manifiesto Calzada Conde, el precepto introduce estas

reaseguradoras sin haber podido constituir reservas adecuadas para sus balances, puede conducir a que desaparezca la cobertura aseguradora de RC.. MANSILLA GARCÍA, *Ámbito temporal de la cobertura...*, cit. p. 220.

⁵⁷Sánchez Villabella, J. El Contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico. Aida, editorial Española de Seguros, S.L. Madrid 2002, p.336 y ss.

⁵⁸MANSILLA GARCIA, F. *Ámbito temporal de la cobertura...*, p. 231. GUTIERREZ GILSANZ, J. *Delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de auditores y "Cláusulas Claims Made"*. El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. La Ley nº 6447, de 23 de Marzo de 2006, p. 41. EVANGELIO LLORCA, R. *La validez de las cláusulas "Claims Made" antes y después de la modificación del artículo 73 de la LCS por la Ley de Ordenación Y supervisión de los Seguros Privados*, en Revista general de Derecho, nº 651, diciembre 1998, p. 14672; PAVELEK ZAMORA, E., *La delimitación temporal de cobertura*, en gerencia y Riesgos nº 41, p. 49.; OLMOS PIDÁIN, A. *Seguro de responsabilidad profesional de abogado: extensión material de la cobertura y delimitación temporal del riesgo. (Comentarios a la sentencia del tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2003 de la que fue ponente Don Francisco Marín Castán)*, en Revista Española de Seguros nº 116, octubre/diciembre 2003, p. 571. *Elguero II.MANSILLA 231 JARAMILLO.... Libro mapfre* Puede el asegurador seguir suscribiendo determinados riesgos.... PAVE GyR 41, 40 y 50.

⁵⁹MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación.... ob. cit. .p. 41

⁶⁰Como ya se ha señalado anteriormente. Vid, así mismo, JARAMILLO, C.I. *Delimitación temporal de cobertura en el seguro de responsabilidad civil. Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como 'claims made'*. Discurso de toma de posesión como Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, p. 11. El autor enumera las ventajas que este tipo de cláusula ofrece y entre otras señala la reducción del coste de las primas, mayor facilidad para obtener cobertura de ciertas responsabilidades, el aumento de las sumas aseguradas, todo ello en función de que el asegurador puede limitar en el tiempo su obligación de indemnizar. Pero, además, señala que también suponen una ventaja para el asegurado o, en su caso, el tercero perjudicado, en los casos en que se pacta el período de retroactividad.

⁶¹Vid, en este sentido las resoluciones judiciales citadas por SANZ PARRILLA, M. *Comentario Anteproyecto...* ob. cit, p 818 y ss. TAPIA HERMIDA, J. *El proceso de reforma del régimen* ob. Cit. pp.154 y ss.

cláusulas con carácter general para todas las modalidades de seguro de RC, sin distinción.⁶²

3.1. El ALCS de 2010

El Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010⁶³ mantiene invariable la definición del contrato de seguro de RC.⁶⁴ El riesgo cubierto sigue siendo el nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero por hechos previstos en el contrato, de cuyas consecuencias sea jurídicamente responsable el asegurado. Y, se mantiene la referencia a los límites establecidos por la ley y el contrato.

Cabe destacar que recuperando el texto propuesto con ocasión de la reforma de 1995 en el Dictamen del Consejo de Estado se elimina el calificativo de 'limitativas' limitándose a reconocer la validez de las cláusulas de cobertura 'post-contrato' y 'retroactiva'. Si bien, sigue sin hacer distinción entre distintas modalidades de seguro de RC, aunque la necesidad de este tipo de cláusulas se manifiesta, especialmente, en la cobertura de los denominados ' siniestros tardíos'.

El hecho generador de la responsabilidad sigue siendo el detonante de la obligación de indemnizar del asegurador. El legislador no consideró oportuno o conveniente hacer referencia a la reclamación como elemento detonador en los casos de delimitación temporal de cobertura al modo que lo han hecho otros ordenamientos.⁶⁵

⁶²CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 51. En el mismo sentido SANZ PARRILLA que destaca que dadas las grandes diferencia que hay entre los diferentes tipos de responsabilidades. Y lamenta que 25 años después de la entrada en vigor de la regulación vigente no se haya establecido un sistema en el que se tuvieran en cuenta los diferentes ámbitos en que puede actuar el seguro de RC como hacen algunas legislaciones europeas recientes. Comentario Anteproyecto... ob. cit, p. 821. En el mismo sentido se había pronunciado REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 53. Para este autor las cláusulas Claims Made debieran ser admisibles en el ámbito de los tiempos de manifestación tardía o en los que resulta difícil determinar con precisión en momento en que se produjo el hecho generador de la responsabilidad.

⁶³Un análisis completo del ALCS se encuentra en el número monográfico de la Revista Española de Seguros nº 143-144 de Julio-Diciembre de 2010.

⁶⁴El seguro de RC está contemplado en el art. 68. y es del tenor siguiente: *Definición del seguro de responsabilidad civil.*

1. Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

2. La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo.

Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurado a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurador, surgidas en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado.

⁶⁵Como lo ha hecho a reciente ley portuguesa. Terminaba su comentario SANZ PARRILLA sugiriendo la posibilidad de incluir la posibilidad de que la póliza incluya cláusulas que delimiten el período de cobertura con referencia a la reclamación. Comentario Anteproyecto... ob. cit, p 825.

3.2. El Proyecto de Código Mercantil

El Proyecto de Código Mercantil al regular el seguro de Responsabilidad Civil, tras la definición de esta figura, modifica el contenido del art.73 de la LCS vigente en lo que hace referencia a las 'cláusulas de delimitación temporal de cobertura', en el artículo 582-44 que es del tenor siguiente:

“Noción.

1. Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

2. La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro de los dos años siguientes a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo.

Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurado a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurador, surgidas, al menos, en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado y cuando la reclamación tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza”⁶⁶.

La redacción de este precepto es básicamente la misma propuesta por el ALCS ya sugerida por el Consejo de Estado con ocasión de la reforma de 1995, pero con algunas modificaciones. La cuestión es determinar si este nuevo texto responde a la necesidad de una profunda reforma que se venía reclamando.⁶⁷

La noción de seguro de responsabilidad civil permanece invariable desde la promulgación de la LCS, por lo que “el riesgo a cargo del asegurado del nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero” parece seguir siendo el generador de la obligación de indemnizar del asegurador.⁶⁸

Los principales problemas que se habían apuntado con relación al art.73 LCS eran, la calificación de las cláusulas como 'limitativas' lo cual, de algún modo, suponía la presunción de lesividad, y el no hacer distinción en cuanto a las diversas modalidades de seguro de RC. También se había cuestionado el plazo establecido en la ley para presentar la reclamación como insuficiente.

En cuanto al plazo, la ley amplía a dos años la cobertura post-contrato, siguiendo las recomendaciones que ya se venían haciendo al respecto.⁶⁹ Por el contrario, en

⁶⁶La negrilla es nuestra para destacar las diferencias respecto de la formulación muy similar contenida en el ALCS.

⁶⁷REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., p. 53. “*El seguro de responsabilidad civil está necesitado, insisto, de una reforma en profundidad y en detalle, en la que se tenga presente, entre otros aspectos, los distintos tipos de riesgos presentes en la actual realidad social y, como consecuencia de ello, las distintas necesidades de cobertura, de tal manera que puedan coexistir pólizas de RC que ofrezcan diferentes modalidades de cobertura*” El fracaso de la reforma precedente había sido ya manifestado destacándose que la LCS seguía tomando como punto de partida el hecho motivador de la responsabilidad sin diferenciar entre las diversas modalidades de seguros de RC. MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación.... ob. cit. p.53

⁶⁸El hecho motivador como siniestro. SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal.... ob.cit, pp.12 y ss.

⁶⁹Comentaba REGLERO que el plazo contenido en el ALCS de un año era inferior a los que se habían propuesto desde distintos sectores, que consideraba insuficiente y que achacaba a la presión aseguradora.

materia de cobertura retroactiva mantiene el período mínimo de un año. La diferencia de trato entre una y otra modalidad de cláusula responde, probablemente, a que las cláusulas post-contrato se ven como más perjudiciales para el asegurado, mientras que la cobertura retroactiva se interpreta que le favorece.

En cuanto a la denominación de las cláusulas, la propuesta de precepto evita caer en la calificación, por otra parte tan criticada por la doctrina, y elimina el término de 'limitativas', pero sin ir más lejos; sin declarar su condición de 'delimitadoras' como un sector de la doctrina venía reclamando. Tal vez, por considerar innecesaria tal manifestación puesto que ya gran parte de ésta las venía considerando como tales, de igual modo que lo hiciera el Dictamen del Consejo de Estado.

Una de las mayores críticas hechas al reformado art.73 LCS ha sido la de incurrir en defectos de técnica jurídica al considerar 'limitativas'⁷⁰ unas cláusulas que lo que hacen es delimitar el riesgo asegurado, esto es, determinar cuál es el alcance de la cobertura. No se puede limitar un derecho que no ha llegado a nacer. Tal como se ha señalado ya, no es aceptable el argumento de que existe una limitación en los derechos del asegurado porque lo que la cláusula busca es concretar el riesgo asegurado y contratado, y no quitarle o restringirle ningún derecho que tuviese por ley. No se puede confundir este último supuesto con el de interpretar que riesgo de aseguró y cuál fue el objeto del contrato.⁷¹

Señalaba REGLERO que en una nueva LCS la delimitación temporal debería ser tratada como delimitación objetiva del riesgo y no como una cuestión de limitación de derechos.⁷² A riesgo de repetición, delimitar el riesgo no es limitar derechos. Cabe, pues, pensar que ante la opinión doctrinal favorable a la tesis de la validez de las cláusulas 'Claims Made' –admisibles porque no contradicen el Ordenamiento Jurídico⁷³–, las sentencias favorables a las mismas y, especialmente, a la vista del razonamiento contenido en el Dictamen del Consejo de Estado con ocasión de la reforma del art.73⁷⁴, aunque el precepto que las contempla no las haya calificado como 'delimitadoras', sea esta la interpretación que prospere.⁷⁵

El Profesor SÁNCHEZ CALERO, había sugerido un período mínimo de dos años; mientras que algunos sectores de la DGS proponían 5. En este sentido: VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley, en *RES*, nº 152, Octubre-Diciembre 2012, pp. 310 y ss. Le parecía, a esta autora, demasiado breve el plazo de un año.

De cualquier modo, el plazo previsto en la ley es el mínimo requerido para la validez de la cláusula. Lo que no significa que en el contrato en concreto no se pueda fijar uno superior. Serán las partes, en función de sus necesidades, quienes determinarán un mayor o menor período de cobertura, siempre en relación a la prima fijada en el contrato.

⁷⁰GUTIERREZ GIL SANZ.J. La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil... ob. Cit.

⁷¹STS 8 Junio 1992.

⁷²REGLERO CAMPOS, F. “Tit: II: Sec. 8ª (Art.73)” en *VVAA Ley de Contrato de seguro*. REGLERO CAMPOS, L.F. (coordinador), Ed. Aranzadi, 2007, p. 1076

⁷³REGLERO CAMPOS, F. “Tit: II: Sec. 8ª (Art.73)”... ob. cit, p. 1075

⁷⁴Hay que tener en cuenta que el proyecto de Código Mercantil se halla, aún, a la espera del Dictamen del Consejo de Estado. Aunque, habida cuenta de la opinión formulada por este organismo en 1994, nada parece indicar que en lo referente a esta materia vaya a producirse un cambio sustancial de opinión.

⁷⁵La referencia a las cláusulas de delimitación temporal de cobertura se ha mantenido, pues, pese a que, al parecer, en cierto momento se pensó en volver a la redacción original del art. 73, eliminando toda referencia a ellas. Así lo destacaba : VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes... ob. cit, p. 310, concretamente en la nota 33.

Es cierto que el precepto no entra a diferenciar entre unas y otras modalidades de seguro de RC.⁷⁶ Es evidente que el legislador no puede descender al tratamiento particularizado de cada una de ellas. Lo que no implica que estas cláusulas deban tener la misma consideración en todas las modalidades de seguro de RC. De hecho su aparición y uso extendido se produce en modalidades concretas en las que cumple una función necesaria. Y, es precisamente en ellas en las que, en opinión de la doctrina, sería conveniente dejar a las partes la facultad de determinar los límites del riesgo.⁷⁷

4. CONCLUSIÓN

La realidad y las exigencias del mercado indican que no es posible la cobertura ilimitada por lo que, de algún modo, las cláusulas de delimitación temporal de cobertura van a seguir siendo de uso frecuente en la práctica aseguradora. El Proyecto de Código Mercantil mantiene su regulación de modo menos confuso que las propuestas de reforma anteriores al eliminar el calificativo de ‘limitativas’, favoreciendo así su validez.

Hubiese resultado más clarificador si, de forma expresa, las hubiese calificado de ‘delimitadoras’, como proponían numerosos autores. Cuestión que, aún puede suceder si el Dictamen del Consejo de Estado, aún pendiente se mantiene en los términos del anterior y se recogen sus sugerencias.

El regreso a la dicción literal del primitivo art. 73 de la LCS, posibilidad que se había barajado y, obviamente, descartado no parece ser posible ya que supondría la vuelta a la confusión.

Es cierto que en algunos contextos la utilización de estas cláusulas puede suponer un problema. No obstante, siempre que se mantenga el deseable equilibrio entre las prestaciones de las partes, nada puede alegarse en contra de su utilización.

A nuestros Tribunales compete el interpretar y decidir si su aplicación es necesaria y, por tanto, válida cuando este tipo de cláusulas se utilicen en contextos en los que no tenga sentido. Siempre que se mantengan los principios de transparencia y congruencia, su utilización no debiera producir problema alguno.

⁷⁶ Crítica que hacían, como ya se ha mencionado: REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. cit., p. 50, CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo... ob. cit. p. 51, SANZ PARRILLA, M., Comentarios al Anteproyecto ... ob. cit. p. 825.

⁷⁷ MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit. p. 236, bajo el epígrafe ‘Las ventajas de la libertad contractual: Posible y Conveniente’, hace referencia a una Circular de UNESPA en la que se dice:” La delimitación de la cobertura, con arreglo al criterio ‘claims made’, es un legítimo y adecuado medio de seguridad frente a los denominados ‘siniestros tardíos’, acorde con la finalidad del seguro de responsabilidad civil y perfectamente apto para atender a la lógica seguridad que demandan las partes implicadas: perjudicado, asegurado y asegurador”